CESCO OPINA SOBRE LA POSICIÓN DEL ABOGADO GENERAL DEL TJUE SOBRE LA RETROACTIVIDAD DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO*

Conclusiones del Abogado General presentadas el 13 de julio de 2016 en relación a las peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada (asunto C-154/15) y por la Audiencia Provincial de Alicante (asuntos C-307/15 y C-308/15)

Alicia Agüero Ortiz
Ángel Carrasco Perera
Mª Carmen González Carrasco
Karolina Lyczkowska
Pascual Martínez Espín
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 1 de septiembre de 2016

I. RESUMEN DE LAS CONCLUSIONES del AG

Las cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales remitentes se refieren a:

1. En primer lugar, determinar si la limitación de los efectos restitutorios de la nulidad derivada de la calificación como abusivas de las cláusulas «suelo» es compatible con el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13.
2. Determinar si el Tribunal Supremo ha aplicado correctamente los criterios de buena fe y riesgo de trastornos graves seguidos en la sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb.

* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, *Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo*, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.

3. Por último, determinar si la articulación, tal como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre las soluciones adoptadas en el marco de acciones colectivas y las adoptadas en el marco de acciones individuales es conforme con el Derecho de la Unión.

El Abogado General señala que para dilucidar la primera cuestión se deben llevar a cabo ciertos análisis preliminares. La primera de ellas sería determinar "en qué terreno se situaba el Tribunal Supremo cuando dictó su sentencia de 9 de mayo de 2013". En este sentido señala que si el Tribunal Supremo superó -como sostiene- el nivel de protección ofrecido a los consumidores por la Directiva 93/13, la cual, al limitarse a una armonización mínima en la materia, autoriza a los Estados miembros a prever disposiciones más estrictas, "la limitación de los efectos de la nulidad no podría examinarse a la luz del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, ya que las medidas más protectoras están comprendidas, por naturaleza, en un ámbito que no está armonizado por la Directiva".

Por otro lado, se ha de recordar "la operación mediante la que el Tribunal Supremo calificó como «abusivas» las cláusulas «suelo»" siendo extremadamente importante que en estos tres asuntos acumulados, no es el órgano jurisdiccional quien realizó esa calificación y que el mismo no cuestiona el carácter abusivo de las cláusulas «suelo».

De este modo, considera el Abogado General que "el Tribunal Supremo no ha actuado más allá del nivel de protección ofrecido a los consumidores por la Directiva 93/13" y, lo que queda por determinar es el alcance de la obligación que el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva impone a los Estados miembros.

A continuación, las conclusiones del Abogado General se centran en dos puntos fundamentales:

1. El nivel de protección garantizado a los consumidores por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el que garantiza la Directiva 93/13.
2. El alcance de la obligación impuesta a los Estados miembros por el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13.

1. En relación al nivel de protección garantizado a los consumidores por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, recuerda que el TS había declarado que las cláusulas «suelo» eran comprensibles gramaticalmente y que, por lo tanto, superaban el control de transparencia formal. No obstante, apreció una falta de información por parte de los profesionales que

habían introducido esas cláusulas para aclarar su significado real y que no se cumplía el requisito de transparencia material y, declaró el carácter abusivo de tales cláusulas. En consecuencia, el TS, en atención a las circunstancias particulares de ese caso, decidió que la declaración del carácter abusivo de las cláusulas «suelo» sólo surtiera efectos a partir de la fecha de publicación de la primera sentencia dictada en este sentido, esto es, a partir del 9 de mayo de 2013, aunque hubiera sido procedente aplicar con arreglo al ordenamiento jurídico español "la nulidad *ab initio*" de las cláusulas abusivas.

Si bien parece que el TS había superado el nivel de protección ofrecido por la Directiva 93/13 al añadir al control de transparencia de las cláusulas un requisito de transparencia material, de la interpretación de la jurisprudencia del TJUE no se desprende lo mismo. En este sentido, recuerda que el Tribunal de Justicia también ha declarado que esa exigencia «se aplica en cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 y excluida por tanto de la apreciación de su carácter abusivo prevista en el artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva» y que la exigencia de transparencia que figura en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 «tiene el mismo alcance que la formulada en el artículo 5». Dicha exigencia de claridad del artículo 4 apartado 2 no se refiere solo a una comprensión gramatical para el consumidor, "sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo [...] de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo". Por lo tanto, en relación al artículo 5 de la Directiva, de la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que «la exigencia de transparencia no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical» pues se debe entender en un sentido amplio ya que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se refiere al consumidor situado en una posición de inferioridad respecto al profesional en cuanto al nivel de información.

2. El alcance de la obligación impuesta a los Estados miembros por el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13.

En opinión del Abogado General, el art. artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no carece de ambigüedad pero la interpretación literal del mismo resulta "poco aclaradora". Esto es así porque "la utilización del futuro de indicativo «no vincularán» nada revela en cuanto a la posible intención del legislador de dotar a la falta de efecto vinculante de una dimensión retroactiva". El legislador de la UE podría haber optado por la utilización de un término jurídico más preciso como por ejemplo, de una referencia expresa a la nulidad, a

la anulación o a la resolución si hubiera querido determinar "la sanción aplicable a las cláusulas abusivas y, en particular, del modo en que los Estados miembros deben disponer que éstas no surtan efectos vinculantes". No obstante, el legislador hace remisión a los Derechos nacionales lo que explica la neutralidad del precepto. Por ello, para determinar el alcance del artículo es necesario acudir a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la Directiva 93/13 en general y a su artículo 6, apartado 1, en particular. Por consiguiente, se debe recordar que el artículo 6 apartado 1 es una disposición imperativa "que trata de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas".

Cabe recordar que el Tribunal de Justicia señaló, «por un lado, que el primer fragmento de frase de dicha disposición, si bien reconoce a los Estados miembros cierto margen de autonomía en lo que atañe a la definición del régimen jurídico aplicable a las cláusulas abusivas, les impone expresamente la obligación de establecer que tales cláusulas "no vincularán"» y que los tribunales nacionales deben, «deducir todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se derivan de ello, a fin de evitar que las mencionadas cláusulas vinculen al consumidor». Por tanto, «del tenor literal del apartado 1 del artículo 6 de la Directiva 93/13 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor».

El Tribunal de Justicia ha contemplado la nulidad de las cláusulas abusivas como una posibilidad entre otras, establecidas en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, pues de su sentencia de 26 de abril de 2012 (Invitel), señala que «la aplicación de la sanción de nulidad de una cláusula abusiva [...] garantiza que dicha cláusula no vinculará a los consumidores, y al mismo tiempo no excluye otro tipo de sanciones adecuadas y eficaces que prevean las normativas nacionales».

Teniendo en cuenta la amplia jurisprudencia del TJUE, el Abogado General concluye que:

- No existe una relación sistemática o automática entre el artículo 6, apartado 1, de la Directiva y la nulidad de las cláusulas abusivas, en cuanto la nulidad no representa para el TJUE "la respuesta jurídica única a la exigencia de que las cláusulas abusivas no deben tener carácter vinculante".
- El TJUE no ha procedido a subsanar la imprecisión del artículo 6, apartado 1, de la Directiva porque si estableciera que "el juez nacional debe constatar la nulidad de dichas cláusulas y reconocer un correlativo derecho a una *restitutio in integrum*, -

es decir, desde el momento de la celebración del contrato- privaría de todo efecto útil la remisión expresa a los Derechos nacionales contenida en esa disposición y poca defensa podría oponer frente a quienes le acusaran de haber realizado una armonización jurisprudencial".

- El Derecho nacional español se ajusta a lo exigido por la Directiva 93/13 en cuanto aplica la sanción de nulidad a las cláusulas abusivas como nivel máximo de la sanción civil que elimina todos los efectos de las mismas con el correlativo derecho a una restitución íntegra. No obstante, el problema se genera cuando "el órgano jurisdiccional supremo recurre a una vía procesal que le permite limitar los efectos en el tiempo de sus sentencias". En este sentido, puesto que el Derecho de la Unión no armoniza ni las sanciones aplicables en el supuesto del reconocimiento del carácter abusivo de una cláusula ni las condiciones en las que un órgano jurisdiccional supremo decide limitar los efectos de sus sentencias, son los Estados miembros los que deben regular el supuesto en virtud del principio de autonomía procesal. Pero "esa regulación no debe ser menos favorable que la correspondiente a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no debe estar articulada de tal manera que haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)".

  En relación al principio de equivalencia, "éste exige que la norma nacional controvertida se aplique indistintamente a los recursos basados en la vulneración del Derecho de la Unión y a los que se fundamentan en el incumplimiento del Derecho interno y que tengan un objeto y una causa semejantes". En el presente caso, tanto de los autos como de las observaciones escritas del Gobierno español, resulta que el Tribunal Supremo "no reserva la posibilidad de limitar los efectos en el tiempo de sus sentencias a los litigios en los que resulta aplicable el Derecho de la Unión y que ya ha recurrido a esa posibilidad en controversias puramente internas".

  En relación al principio de efectividad, el TJUE ha declarado que debe analizarse "el lugar que ocupa la disposición procesal nacional dentro del conjunto del procedimiento, así como el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales" y, desde esta perspectiva, se deben tomar en consideración, "los principios sobre los que se basa el sistema judicial nacional, como el principio de seguridad jurídica, entre otros". Por lo tanto, "la incidencia de la limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia del Tribunal Supremo sobre la efectividad de

> la Directiva 93/13 debe, por una parte, ser apreciada habida cuenta del objetivo que persigue, sin dejar de tomar en consideración al mismo tiempo los principios del ordenamiento jurídico nacional que determinaron que se decidiera limitar esos efectos". Queda acreditado que con la sentencia de 9 de mayo de 2013 se ha cumplido el objetivo perseguido por la Directiva 93/13, es decir tener efecto disuasorio frente al profesional y restablecer un equilibrio real entre éste y el consumidor en cuanto la misma obliga a los profesionales a no utilizar más las cláusulas «suelo» y a eliminarlas de los contratos existentes.

Después de señalar que no comparte el argumento utilizado por el TS en la sentencia de 9 de mayo, basado en el mantenimiento de la seguridad jurídica en atención al carácter innovador de su resolución, el Abogado General pone de manifiesto que el otro argumento utilizado por el TS relativo a las circunstancias excepcionales que concurrían, resultantes de "las repercusiones macroeconómicas sobre el sistema bancario de un Estado miembro que ya se encontraba debilitado", se encuadra en el principio de efectividad perseguido por la Directiva. Argumenta en este sentido que "alcanzar el equilibrio tan perseguido por la Directiva no equivale a favorecer al consumidor y dependiendo de la fecha de celebración de los contratos de préstamo, la falta de efecto completamente retroactivo no ha tenido necesariamente como resultado no restablecer el equilibrio". Ello es así porque conforme a lo manifestado por el TS, "el consumidor vinculado por un contrato de préstamo que incluía una cláusula «suelo» podía fácilmente cambiar de entidad bancaria mediante una novación modificativa del contrato, y, en segundo término, porque la aplicación de la cláusula «suelo» no había tenido como consecuencia una modificación sustancial del importe de las mensualidades debidas por los consumidores".

En definitiva, no considera el Abogado "*que la decisión del Tribunal Supremo de limitar en el tiempo los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas redunde en perjuicio ni de la efectividad de los derechos reconocidos por la Directiva 93/13, ni de los objetivos perseguidos por ésta*" y señala que ***"el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, entendido a la luz de los principios de equivalencia y de efectividad, debe interpretarse en el sentido de que, en las circunstancias propias de los litigios principales, no se opone a la decisión de un órgano jurisdiccional supremo mediante la que éste declara el carácter abusivo de las cláusulas «suelo», ordena que cese su utilización y que se eliminen de los contratos existentes y declara su nulidad limitando, al mismo tiempo, en atención a circunstancias excepcionales, los efectos, restitutorios en particular, de esa nulidad a la fecha en que dictó su primera sentencia en ese sentido"***.

Si bien señala que con esta respuesta es suficiente para que los órganos jurisdiccionales resuelvan los litigios de los asuntos principales sin que sea preciso responder a las demás cuestiones prejudiciales planteadas, añade que la limitación temporal de los efectos restitutorios, decidida por un órgano jurisdiccional supremo, "*debe seguir siendo excepcional"*. Se ha de tener en cuenta también que "la regulación por la que se articulan las condiciones en las que un órgano jurisdiccional supremo de un Estado miembro puede limitar los efectos de sus propias sentencias pertenece, a primera vista, a la esfera de la autonomía procesal de los Estados miembros dentro de los límites impuestos por los principios de equivalencia y de efectividad del Derecho de la Unión", sin olvidar que "el Tribunal de Justicia sigue siendo el principal competente, en aras de la primacía y de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión, para apreciar la conformidad con el Derecho de la Unión de las condiciones establecidas a nivel nacional relativas a la limitación de los efectos en el tiempo de los efectos de las sentencias que dictan los órganos jurisdiccionales supremos en su función de juez ordinario del Derecho de la Unión".

Por último, en relación a la cuestión prejudicial formulada en el asunto C-308/15 relativa a la obligación de extender la limitación de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de una cláusula «suelo», en el marco de una acción colectiva, a las acciones individuales ejercitadas contra profesionales que no fueron llevados ante el Tribunal Supremo con ocasión de esta acción colectiva, el Abogado General señala que el hecho de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo complemente el ordenamiento jurídico español, "ello no representa un obstáculo a la facultad que tiene todo órgano jurisdiccional ante el que se ejercite una acción solicitando la declaración del carácter abusivo de una cláusula «suelo» de realizar su propio análisis de las circunstancias y de apreciar si, en el caso concreto del que conoce, esas circunstancias son idénticas, lo cual debería llevarle, en su caso, a aplicar la jurisprudencia del Tribunal Supremo".

II. VALORACIÓN PERSONAL DE LA DOCTRINA del AG

Alicia Agüero Ortiz

1. *Sobre el mandato de no vinculación de las cláusulas abusivas*: Considero[1] que el mandato "no vincularán" debe interpretarse con efectos *ex tunc*, pues de lo contrario (i) la cláusula abusiva

[1] Con las observaciones de la Comisión Europea y de la República Checa, http://s01.s3c.es/imag/doc/2015-10-27/TJUE_CalusulasSuelo.pdf

vinculará al consumidor antes de la declaración de nulidad; y (ii) lo contrario incentivaría a los empresarios a usarlas pues podrían retener los créditos percibidos hasta la declaración de abusividad en un proceso judicial. Asimismo, entiendo que la selección jurisprudencial del AG para justificar lo contrario no lleva a sus conclusiones. En concreto, cita varias SSTJUE en las que aparentemente aquél interpretaba que el "no vincularán" era sinónimo de "dejar sin aplicación". Sin embargo, aquellas sentencias se referían a un asunto bien diferente, esto es, a la posibilidad de los jueces de moderar las cláusulas declaradas abusivas. Por tanto, el TJUE no interpreta el mandato "no vincularán" en el sentido de que esta no vinculación deba o pueda tenerse por cumplida por "dejarla sin aplicación", como pretende el AG. El TJUE se ha limitado a considerar que la declaración de nulidad cumple con el requisito del art. 6.1 de la Directiva, pero no ha afirmado en relación con dicho artículo que quepan varias alternativas. Cuando el AG cita al TJUE afirmando que "la aplicación de la sanción de nulidad de una cláusula abusiva [...] garantiza que dicha cláusula no vinculará a esos consumidores, y al mismo tiempo no excluye otro tipo de sanciones adecuadas y eficaces que prevean las normativas nacionales", el AG recorta intencionadamente la cita donde se percibe que el TJUE no estaba hablando allí de los mecanismos posibles para satisfacer el art. 6.1 de la Directiva, sino de la posibilidad de que la nulidad declarada en el seno de una acción de cesación se extienda a los consumidores que no fueron parte en el procedimiento, en relación con el art. 7.2 de la Directiva.

A pesar de todo ello, creo que nada importa toda esta evaluación del AG porque lo cierto es que nuestro ordenamiento interno no prevé otra medida que la nulidad con efectos *ex tunc* (aunque entiendo que es lo que se pregunta en las cuestiones prejudiciales), es decir, lo que se debería tratar de dirimir no es si nuestro ordenamiento interno cumple con el art. 6.1 -lo que está claro-, sino si puede dejar de aplicarse por el TS o, dicho con propiedad, si éste puede limitar los efectos de sus sentencias.

2. *Sobre la limitación de los efectos en el tiempo de las sentencias***:** El TS justifica la limitación de los efectos de la nulidad apelando a la STJUE RWE; sin embargo esa doctrina no resulta de aplicación al caso pues refiere a la posibilidad que tiene el TJUE de limitar el alcance temporal de una "nueva" interpretación jurídica que efectúa. Es decir, esa doctrina permite que en caso de "giro jurisprudencial" o "nueva interpretación" por el TJUE pueda éste limitar sus efectos en el tiempo en caso de concurrir buena fe de los círculos interesados (buena fe que no cabría apreciar en los empresarios que incluyan cláusulas abusivas, art. 3.1 Directiva) y existencia de trastornos graves acreditados. Por este motivo, el análisis relativo a si el control de transparencia material constituye una innovación del TS carece de relevancia.

Ahora bien, que dicha doctrina no sea aplicable no implica que el TS no pueda limitar los efectos de sus sentencias en virtud del principio de autonomía procesal, siempre que cumpla con los principios de equivalencia (que no plantea problemas) y el principio de efectividad, atendiendo a razones excepcionales[2] que lo justifiquen. Como señala el Reino Unido en sus observaciones -que comparto- es facultad inherente al tribunal limitar excepcionalmente el efecto de sus sentencias para cumplir el objetivo subyacente de los tribunales, administrar justicia con equidad y de acuerdo a la ley.

3. *Sobre el principio de efectividad***:** Considero que se cumplen los objetivos de la Directiva incluso cuando se limiten los efectos retroactivos de la declaración de nulidad pues (i) tras la STS y la Ley 1/2013 se refuerza la información que debe entregarse a los consumidores fomentando la contratación con transparencia material y disuadiendo la inclusión de estas cláusulas sin dicha transparencia, como consecuencia de la revolución jurisprudencial respecto a las cláusulas suelo y a de la STS -por lo que habrá un cambio en el comportamiento de los empresarios respecto al modo de su inclusión, pero no respecto a la pretendida prohibición de su inclusión señalada por el AG-; y (ii) la eliminación de la cláusula restituye el equilibrio aunque no se devuelvan las cantidades cobradas durante 4 años y 5 meses en un contrato de tan larga duración[3].

En cualquier caso, discrepo de las algunas afirmaciones del AG. En primer lugar, sostiene que la efectividad de la Directiva queda "plenamente garantizada" ya que "todo profesional que, con posterioridad al 9 de mayo de 2013, introduzca tales cláusulas en sus contratos será condenado a eliminarlas y a devolver las cantidades abonadas en virtud de las mismas" por lo que su comportamiento se modificará. Esto, sencillamente, no es así pues (i) sólo fueron condenadas tres entidades; y (ii) el TS parte de la validez de las cláusulas suelo; de hecho la Ley 1/2013 introduce el requisito de la expresión manuscrita que puede actuar como *safe harbor*. En segundo lugar, respecto a restablecimiento del equilibrio mediante efectos no retroactivos, ni era fácil cambiar de entidad en momentos en que la cláusula suelo empieza a aplicar porque como consecuencia del ciclo recesivo los intereses descienden y el crédito se corta; ni es cierto que la modificación de las cuotas mensuales fuera insustancial[4].

[2] Considero que concurren las circunstancias excepcionales habida cuenta de la multitud de situaciones jurídicas potencialmente afectadas y los efectos macroeconómicos que podría tener para el sistema bancario español.

[3] El Euribor se situó por debajo de 4 en diciembre de 2008 y la STS surte efectos desde mayo de 2013, es decir que la cláusula se ha aplicado cuatro años y 5 meses respecto a un contrato cuya duración es de 20/30/40 años.

[4] Pongamos por caso: Euribor+0,33 con cláusula suelo del 4%. En enero de 2013 (fuera de la STS) el Euribor era del 0,575, es decir que sin cláusula suelo el consumidor debería pagar 0,905%, y con cláusula suelo un 4%. En una hipoteca de 250.000€ a 30 años sin cláusula suelo la cuota ascendería a 796 €; con la cláusula suelo la cuota ascendería a 1.204 €, una diferencia de 408 €. A mí, personalmente, sí me parece una modificación sustancial del importe de las mensualidades.

4. *Respecto a la aplicación de dicho límite en las acciones individuales*: considero que, habida cuenta de la rebelión en nuestros tribunales respecto a la cláusula suelo, es posible que haya introducido confusión al sostener si concurren las mismas circunstancias que en la STS el juez debería aplicar la doctrina del TS. Evidentemente, lo que el AG quiere decir es que, ante los mismos supuestos de hecho, debería aplicarse la limitación temporal incluso cuando se trate de una acción individual. Sin embargo, habrá despachos[5] y jueces que interpreten que en seno de una acción individual no concurren las mismas circunstancias que en la STS (en concreto, el riesgo macroeconómico) para justificar la declaración de nulidad con plenos efectos retroactivos.

Angel Carrasco Perera

Siempre he pensado que la STS 9 mayo 2013 fue un error rematado de la jurisprudencia española. Ni las cláusulas suelo eran abusivas ni carecían de "transparencia", en el sentido de la transparencia "material" creada *ex novo* por aquella infame sentencia. Con todo, el daño ya estaba hecho, y quedaba resolver sobre el asunto mal llamado de la "retroactividad" de la nulidad. En mi opinión, las digresiones sobre este extremo hechas por el AG Sr. Mengozzi son deficientes.

El art. 6.1 Directiva 13/93 no contiene ninguna regla de restitución, sino de "no vinculación"; esto es lo único que exige la armonización comunitaria. De hecho, hubiera sido posible que el Derecho interno hubiere vinculado a la utilización de la cláusula nula sólo una sanción administrativa (la nulidad no representa para el TJUE "la respuesta jurídica única a la exigencia de que las cláusulas abusivas no deben tener carácter vinculante", según el AG). Todavía más, incluso puede subsistir la "no vinculación" sin sanción alguna. De hecho, el problema no es si la no vinculación puede y debe tener una proyección "retroactiva", locución mal empleada, sino si debe tener o no un contenido *restitutorio*, y esto no forma parte del Derecho armonizado, al menos mientras los tribunales españoles no estén dando a las situaciones judiciales "internas" (¿) un tratamiento distinto del que se daría si se aplicara el Derecho comunitario (¡pero siempre se aplica el Derecho comunitario, porque no hay situaciones "internas" a efectos de la Directiva 13/93!). Hasta tal punto de que es incluso erróneo recordar, como hace el AG, que la sentencia de 26 de abril de 2012 (Invitel), señala que «la aplicación de la sanción de nulidad de una cláusula abusiva [...] garantiza que dicha cláusula no vinculará a los consumidores, y al mismo

[5] Como ya hace Arriaga. http://www.arriagaasociados.com/2016/07/clausula-suelo-conclusiones-abogado-tjue/

tiempo no excluye otro tipo de sanciones adecuadas y eficaces que prevean las normativas nacionales». Imaginemos un escenario algo irreal -habiendo consumidores por medio- pero que es teóricamente posible: la cláusula hipotecaria es nula y ambos contrayentes se encuentran *in pari causa ilicita* respecto de su inclusión. En tal caso, se "cumpliría" el art. 6.1 si la cláusula "no vinculara", aunque de hecho el deudor, incurso en causa ilícita, no tuviera acción para recuperar lo ilegalmente pagado.

Hay varios remedios rescisorios que no tienen efecto "retroactivo" en Derecho español. ¿Por qué elegir la nulidad? De hecho, incluso ateniéndonos a la lógica tradicional, cabría construir un contrato de hipoteca que por ser de tracto sucesivo no conocería efecto retroactivo en su declaración de nulidad. En efecto, (aunque también rara tratándose de consumidor), en una hipoteca en garantía de un contrato bilateral y duradero de concesión de crédito, la nulidad no tendría necesariamente efectos "retroactivos".

Todavía más, con algo de buena imaginación es todavía posible construir en Derecho español una solución *general* en materia de nulidades que disgregue los plazos de prescripción de la acción de nulidad -que incluso pueden reputarse imprescriptibles, y, por ende, con "retroactividad" absoluta de la "no vinculación"- y el plazo más corto de restitución del art. 1303 CCiv.

Por tanto, la cuestión sujeta al TJUE y pendiente de resolución es una cuestión en la que no está concernido el Derecho comunitario.

El test de transparencia del 4.2 Dir. está reservado para las cláusulas que son objeto de contrato, esto es, aquellas que no pueden ser objeto de control de abusividad. Según el AG "la doctrina de la transparencia" de la infausta STS/2013 ya estaba adelantada por el TJUE y constituye parte del material armonizado por la Dir. 93/13 ("el Tribunal Supremo no ha actuado más allá del nivel de protección ofrecido a los consumidores por la Directiva 93/13"). Aunque la cuestión carece ya de consecuencia práctica, yo estimo lo contrario, y que el control de transparencia aplicado por el TS después de la sentencia de mayo de 2013 es distinto y más intenso (y más confuso) que el que pueda existir en los procedentes comunitarios. Aunque sólo sea por una razón: porque la cláusula suelo (y éste es otro error de la STS 9 mayo 2013) sí es una condición general de la contratación, y no una cláusula de objeto de contrato, por lo que no podía "soportar" un doble control de abusividad, como de hecho acabó soportando. El "control de transparencia material" de una condición general de la contratación está más allá del nivel de armonización operado por la Dir. 93/13.

Es incorrecta la declaración del AG según la cual "queda acreditado que con la sentencia de 9 de mayo de 2013 se ha cumplido el objetivo perseguido por la Directiva 93/13, es decir tener efecto disuasorio frente al profesional y restablecer un equilibrio real"; sólo serviría tal declaración para las cláusulas suelo que se hubieren introducido en contratos de hipoteca a partir de 9 mayo 2013, que en efecto no se han introducido, pero no porque la nulidad tenga una retroactividad limitada, sino porque ciertamente la cláusula es ya reputada nula sin más. Respecto del pasado, no se puede hablar de un efecto de *deterrence,* ya que, estando todos los operadores convencidos de que era una cláusula válida, no pudieron haber sido determinados a actuar como lo hicieron sobre la vana esperanza de que el TS declarara nula finalmente la cláusula pero sin efecto retroactivo. Por tanto, la "solución" del TS carece de todo efecto de *deterrence,* más allá del hecho de que se trata -según lo dicho- de una cláusula nula.

El AG no comparte el argumento utilizado por el TS en la sentencia de 9 de mayo, basado en *el mantenimiento de la seguridad jurídica en atención al carácter innovador de su resolución*. El AG pone de manifiesto que el otro argumento utilizado por el TS relativo a las circunstancias excepcionales que concurrían, resultantes de "las repercusiones macroeconómicas sobre el sistema bancario de un Estado miembro que ya se encontraba debilitado", se encuadra en el principio de efectividad perseguido por la Directiva y es aceptable. Yo no entiendo cómo puede encuadrarse tal cosa en el principio de efectividad. Ni concurren ningunas circunstancias excepcionales en el momento en que se pactan en el pasado las cláusulas suelo ni en el momento en que se decide sobre su nulidad. Lo "excepcional" no es la circunstancia económica que pudiera existir, sino el enorme impacto que tendría una sentencia "retroactiva" en las cuentas de resultados de los bancos. Pero eso es consecuencia propia de la nulidad, no una contingencia especial del momento histórico.

La siguiente reflexión del AG me parece también inconducente En relación a la cuestión prejudicial formulada en el asunto C-308/15 relativa a la obligación de extender la limitación de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de una cláusula «suelo», en el marco de una acción colectiva, a las acciones individuales ejercitadas contra profesionales que no fueron llevados ante el Tribunal Supremo con ocasión de esta acción colectiva, el Abogado General señala que el hecho de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo complemente el ordenamiento jurídico español, "no representa un obstáculo a la facultad que tiene todo órgano jurisdiccional ante el que se ejercite una acción solicitando la declaración del carácter abusivo de una cláusula «suelo» de realizar su propio análisis de las circunstancias y de apreciar si, en el caso concreto del que conoce, esas circunstancias son idénticas, lo cual debería llevarle, en su caso, a aplicar la jurisprudencia del Tribunal Supremo". Parece mentira que se pueda hablar con tanta imprecisión en un asunto tan importante. De hecho, se deja en manos de los jueces

que conozcan de acciones individuales decidir -y ya sabemos cómo deciden los tribunales españoles en asuntos hipotecarios- si su caso es el mismo que el del TS. Claro, que en honor de la verdad el AG no podría haber dicho otra cosa, porque no forma parte del *acquis communautére* ni del nivel de armonización de la Directiva que las sentencias del TS tengan o no efecto "vinculante" en los tribunales españoles inferiores. Veremos qué dice la sentencia, pero la opinión del AG en este punto haga que la tan esperada decisión comunitaria sobre las cláusulas suelo acabe siendo *inutiliter data.*

Concluyo, si se quería hacer a la pobre España el "favor" de confirmar la doctrina de la no retroactividad, tendría que haberse dicho que el tema excede del ámbito de armonización de la Directiva 93/13 o que la "nulidad por intransparencia material" fue *una nueva norma de Derecho* que el TS, en virtud de una supuesta competencia de producción normativa, que no se enjuicia, había introducido en el Derecho español en un determinado momento, norma que, como las demás, no está llamada a tener efecto retroactivo. Aquí es donde vendría al caso el argumento de la "seguridad jurídica", que la STS 9 mayo 2013 tampoco supo construir ni explotar.

Mª Carmen González Carrasco

En las líneas que siguen, prescindiré de los argumentos relativos a la corrección jurídica sustantiva y procesal de la limitación impuesta por la STS 9.5.2013 para centrarme en la propuesta de compatibilidad entre la irretroactividad de efectos de la nulidad y el Derecho de la Unión que el Abogado General ha elevado al TJUE. Los aspectos más discutibles se basan en el principio de efectividad y en el principio de equivalencia. Al final de estas se concluye con lo que se considera que es la verdadera razón de la propuesta

1. Sobre el principio de efectividad

Frente a lo que considera el Abogado General en su informe, entiendo que la limitación del fallo sí conculca el principio de efectividad.

Una vez respondida afirmativamente por el TJUE (Sentencia de 30 de mayo de 2013, Jőrös (C 397/11, EU:C:2013:340)) la cuestión de si el remedio de la nulidad cumple con el criterio de la no vinculación de las cláusulas abusivas recogido en el art. 6.1 de la Directiva 93/2013, y una vez asumido que el art. 6.1 de la Directiva no impone la nulidad con *restitutio in integrum* como único remedio capaz de dar respuesta a la no vinculación, lo que el informe del Abogado General debía entrar a valorar es si la nulidad pierde su efecto disuasorio de conductas futuras

contrarias al consumidor cuando la obligación de restituir las contraprestaciones propia de dicha sanción civil se limita, tanto en la propia STS 9.5.2013 como en las posteriores de 25.3.2015 y de 29.4.2015, a las cantidades posteriores a la fecha de publicación de la STS 9.5.2013. Desde el momento en que la regla general en materia de nulidad es la contraria, la irretroactividad favorece al "infractor", limitando el efecto disuasorio de la regla de no vinculación.

Es cierto que, aunque no se trate de un contrato de tracto sucesivo, la eficacia de la nulidad se proyecta hacia el futuro, afectando al resto de los plazos de amortización no satisfechos. Y también es cierto que, de hecho, desde la STS 9.5.2013, la cláusula suelo ya no ha levantado cabeza, pese a la declaración general de licitud intrínseca contenida en la Sentencia, y reiterada por la normativa posterior. Sin embargo, ello no se debe al efecto disuasorio de la STS 9.5.2013, sino a la inseguridad jurídica creada por la doctrina del TS, dada la falta de transparencia de sus criterios de validez.

En relación con el mismo principio, la decisión del Tribunal Supremo se opone a la jurisprudencia del TJUE en esta materia, ya que si las cláusulas abusivas han de ser eliminadas sin posibilidad de integración (STJUE 14 junio 2012, Banco Español de Crédito), no debería ser posible el mantenimiento de sus efectos hasta la publicación de la sentencia. La declaración de nulidad irretroactiva del suelo equivale a una moderación judicial de las consecuencias sanción civil de la nulidad que, en virtud de la STJUE citada, le está vedada al juez.

2. Principio de equivalencia

El Abogado General entiende que la limitación de efectos de la nulidad no conculca el principio de equivalencia. Según le resulta de los autos, y en particular de las observaciones escritas del Gobierno español, el Tribunal Supremo ya habría recurrido a esa posibilidad en controversias puramente internas. Pero ¿a qué casos se refiere? Porque si se refiere al recurso analógico a la irretroactividad contenida en la legislación administrativa, de Patentes y Marcas, etc., que ya se utilizó como argumento en la propia STS 9.5.2013 (pár. 287 y ss.), el criterio es erróneo. En este caso no hay laguna (art. 4 CC), sino una disposición legal clara (el art. 1.303 CC) que regula el supuesto de declaración de nulidad de acuerdo con el principio de no vinculación (art. 6.1 Dir. 2013).

3. La necesidad de salvar los muebles de la seguridad jurídica ante la creación judicial del derecho

En su Informe, el Abogado General es consciente de que en la STS 9.5.2013, el Tribunal Supremo actuó como legislador, en dos sentidos. En primer lugar, creando un *tertium genus* intermedio entre la abusividad por razón de fondo similar a la existente en el pár. 370 BGB. En segundo lugar, declarando nulas por abusivas las reproducciones contractuales de las normas sobre transparencia bancaria que formaban parte de nuestro derecho antes (Orden EHA/2899/2011) y después de la STS 2013[6].

El propio informe desvela esta razón en el pár. 20, cuando pone en boca del TS una justificación que no se encuentra en el elenco de las justificaciones de irretroactividad de la STS 9.5.2013: "*En atención al hecho de que consideraba haber aplicado ex novo un control reforzado de la transparencia de las cláusulas controvertidas, el Tribunal Supremo, a instancias del ministerio fiscal, limitó los efectos en el tiempo de su sentencia*"… En términos muy similares, aunque manifestando dudas -infundadas[7]- sobre el carácter innovador de esta categoría de abusividad, se expresan los pár. 45 y sgts.

En definitiva, si el TS ha innovado el Derecho, negando la eficacia de cláusulas contractuales expresamente reconocidas en el ordenamiento jurídico, y, en virtud del principio de seguridad jurídica, esta nueva "norma" jurisprudencial no podía tener efectos retroactivos de grado máximo.

Karolina Lyczkowska

Los argumentos esgrimidos por el Abogado General de la TJUE en defensa de la doctrina del TS sobre la retroactividad limitada de los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo en realidad se centran en la remisión que hace la Directiva 93/13 a los Derechos nacionales que pueden determinar en qué forma y con qué efectos las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Ciertamente, los ordenamientos internos de los países de la UE pueden establecer consecuencias diversas, desde la nulidad, pasando por la anulabilidad de la cláusula, limitada en tiempo y condicionada a una previa acción expresa del consumidor, hasta la posibilidad de una resolución o terminación contractual derivada de la existencia de una cláusula abusiva

[6] Esta última circunstancia es reconocida en la propia Sentencia, cuando, para justificar la irretroactividad de la nulidad contenida en el fallo, afirma que la primera de las razones es la licitud de la cláusula suelo.

[7] En los apartados siguientes del informe, el Abogado General intenta justificar sus dudas sobre el carácter innovador de la categoría de abusividad aplicada por el TS en la doctrina sobre el control de transparencia derivado de la jurisprudencia del TSJUE. Pero los argumentos son erróneos, puesto que lo novedoso en la tipificación de la causa de nulidad en la STS 9.5.2013 no es en sí la falta de transparencia (que en nuestra TRLCU funciona a modo de control de incorporación), sino la afirmación de que una cláusula puede ser abusiva por falta de transparencia después de haber superado, como entendió el TS, el control de incorporación.

cuyos efectos por la naturaleza del remedio serían siempre ex nunc. La Directiva no impone ninguna sanción concreta, más allá de la imprescindible "no vinculación" que puede interpretarse de diversas maneras. No obstante, la ley española es clara al respecto de su opción por nulidad radical de la cláusula abusiva, así como en relación con los efectos de dicha nulidad, por lo que este argumento, aunque válido in abstracto, en este caso concreto pierde fuerza.

Lo mismo ocurre con la afirmación del AG según la cual el restablecimiento del equilibrio entre el consumidor y el profesional no necesariamente exige la devolución de todas las cantidades abonadas en virtud de la cláusula suelo declarada abusiva (ap. 73). Ciertamente, de haber optado el ordenamiento español por una definición distinta del *efecto no vinculante* de dichas cláusulas, el retorno al equilibrio podía haberse conseguido de otra forma. Además, el TJUE dejó claro que el respeto al principio de efectividad y la posibilidad de la actuación *ex oficio* del juez en aras de establecer el equilibrio entre las partes encuentra su límite en la total pasividad del consumidor (asunto C-40/08, asunto *Asturcom*). Desde este punto de vista, coincido en que la protección de los consumidores no equivale a favorecerlos y no siempre requiere retroactividad absoluta.

No obstante, una vez que el legislador español opta por la nulidad como remedio a este tipo de cláusulas, el problema no es tanto que se cumpla o no el objetivo de restablecer el equilibrio entre las partes contractuales, sino que el ordenamiento español impone la retroactividad absoluta de los efectos de la nulidad. Dicho de otro modo: la doctrina del TS es discutible desde el punto de vista del ordenamiento interno que pone en entredicho la coherencia de sus conclusiones, pero no desde el punto de vista de la admisibilidad de sus soluciones en el marco del Derecho comunitario y, en concreto, de la Directiva 93/13 que deja suficiente libertad a los Estados miembros como para cobijar esta medida.

Además, el discurso del AG también contiene argumentos extraños como la afirmación según la cual las cláusulas suelo no modificaron sustancialmente las cantidades a pagar por los consumidores y por tanto, la falta del efecto completamente retroactivo no ha tenido necesariamente como resultado el "no establecimiento del equilibrio" (ap. 73). Aunque los consumidores seguían pagando más o menos lo mismo cuando empezó a caer el Euribor en 2009, era justo por la activación de la cláusula suelo, declarada abusiva. En su defecto hubieran disminuido las cuotas mensuales. Si se entiende que la cláusula suelo no transparente es abusiva, el efecto que se sanciona no es el cambio (subida) de las mensualidades, sino precisamente su congelación.

En todo caso, probablemente el argumento de más peso que maneja el AG, aunque sea más

económico que jurídico, es la necesidad de ponderar las consecuencias macroeconómicas de la aplicación irreflexiva de la solución jurídica española que encuentra su cobijo en la ambigüedad del texto de la Directiva y en la jurisprudencia comunitaria que lo interpreta. La insistencia en el carácter absolutamente excepcional de la medida, que según el AG la justifica, no resuelve el problema de la notoria falta de seguridad jurídica que sigue a la apertura de la puerta a la "ponderación" y a la limitación de los efectos de retroactividad, extraña al ordenamiento español.

Pascual Martínez Espín

En su argumentación el AG incurre en tergiversaciones, interpretaciones erróneas e incluso en citas erróneas de la doctrina del TJUE y sobre las consecuencias de la sentencia del Tribunal Supremo español, e incluso ha optado por no pronunciarse sobre algunas de las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal. Veamos:

1. No todas las cláusulas suelo son abusivas (según el TS). El AG no ha entendido la doctrina del TS sobre la cláusula suelo, al afirmar que la cláusula suelo es abusiva (en todo caso) y en lo sucesivo no se podrá introducir en ningún contrato; esto no es cierto, el TS no ha dicho tal cosa; lo que ha dicho es que la cláusula suelo, siendo lícita, se ha introducido en los contratos de forma no transparente, por falta de información sobre las consecuencias económicas de la misma, y por eso deviene nula.

2. Razones extrajurídicas. Las razones de carácter macroeconómico (la afección al orden público económico que supondría que los bancos tuvieran que reintegrar a sus clientes unas cantidades elevadas de dinero) no son admisibles, ni siquiera con carácter excepcional, aduciendo que el TJUE ha admitido que la protección del consumidor no es absoluta. Pero no es cierto: la única excepción que ha admitido el TJUE a la protección del consumidor es el respeto al principio de cosa juzgada; ahora bien, el propio TJUE ha sido extremadamente restrictivo en la aplicación de esta limitación; así, ya en su sentencia de 6-10-2009, asunto C-40/08, caso Asturcom.

3. Desequilibrio. No es cierto que no haya desequilibrio para el consumidor alegando que el consumidor que tenía un crédito hipotecario podía cancelarlo y novar a otro. El AG no tiene en cuenta que eso no significa que se le ofreciera o que pudiera obtener un préstamo sin cláusula suelo. La restitución del equilibrio en el contrato se logra mediante la eliminación de todos los efectos que haya tenido la cláusula abusiva; ello no supone favorecerlo, sino obtener el fin útil

perseguido por la Directiva. En cambio, la situación inversa sí favorece al profesional abusivo: si no se le obliga a restituir lo indebidamente cobrado, se le permite consolidar un lucro injusto e incentiva la introducción de estas cláusulas. La afirmación de que el consumidor tiene la posibilidad de cambiar de entidad bancaria no excluye la abusividad de la cláusula; la abusividad se enjuicia en razón del contenido del contrato en sí mismo, sin atender a si hay o no competencia o alternativas. Y por último, que la aplicación de la cláusula suelo no haya tenido como consecuencia una modificación sustancial de las mensualidades a pagar por los consumidores, supone una ignorancia dolosa de la realidad. Además, el enjuiciamiento de las cláusulas abusivas no se hace en función del importe sustancial o reducido de su coste económico, sino en razón del desequilibrio de derechos que originan (sentencia de 16-1-2014, caso C-226/12, asunto Constructora Principado).

4. Inaplicación del art. 1303 CC y 8.1 LCGC. Como el propio AG señala, el Derecho español se ajusta a la Directiva al establecer una protección máxima: restitución íntegra. Por tanto, el TS no puede desconocer los arts. 1303 CC y 8.1 LCGC (nulidad de pleno derecho de la cláusula abusiva). Los efectos de la nulidad son *ex tunc*. El acto es nulo y por tanto inexistente a todos los efectos sin que haya producido efecto alguno *("quod nullum est nullum effectum producere debet"*) y aplicando esto los efectos deberían ser desde la contratación del préstamo hipotecario y no desde el 9 de mayo de 2013. Dado que la ineficacia no tiene un fundamento de retroactividad normativa ni, por extensión, la sentencia que la declara, los criterios o pautas que sirven para determinar el alcance del efecto restitutorio o devolutivo deben extraerse, necesariamente, del contexto valorativo que informa el régimen de eficacia y control de las condiciones generales de la contratación. Y aquí, en el caso del ejercicio de las acciones individuales, los criterios que resultan aplicables no dan otra alternativa posible que no sea la determinación del efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas con carácter *ex tunc*, esto es, desde el momento de la perfección del contrato predispuesto. La propia naturaleza o formalidad del mecanismo de la restitución conduce, en principio, a que las consecuencias o efectos de la misma hayan de retrotraerse al momento de la celebración del contrato, esto es, con un claro alcance *ex tunc*, lo que es completamente diferente al fenómeno de la retroactividad normativa y su aplicación judicial. En el presente caso, nada obsta a que este alcance natural de la restitución opere con normalidad, pues en el contexto contractual en donde incide la acción ejercitada no se contemplan derechos de terceros que deban ser protegidos, ni otros planos de la relación contractual (liquidación del estado posesorio, indemnización de daños y perjuicios, etc.) que merezcan una aplicación diferenciada del meritado efecto restitutorio, que actúa de forma natural como una consecuencia derivada de la ineficacia de la cláusula declarada abusiva (SSTS de 30 abril 2013, núm. 275/2013 y 22 abril 2014, núm. 763/2013).

5. Nulidad: una opción. El AG señala que la nulidad de la cláusula sería sólo una de las opciones posibles y que ello no excluye la aplicación de sanciones administrativas, concluyendo que la sanción sería una alternativa a la nulidad; lo cual es absolutamente erróneo, pues el TJUE señala que la nulidad de la cláusula no excluye que además se aplique una sanción administrativa, no que la sanción sea una alternativa a la nulidad. El AG realiza una interpretación torcida de la jurisprudencia del TJUE: «el juez nacional [debe poder] extraer del eventual carácter abusivo de la cláusula […] todas las consecuencias que se derivan de la Directiva 93/13, procediendo, en su caso, a la anulación de dicha cláusula»; de aquí, el AG extrae que ese "en su caso" significa que el Juez nacional tiene la opción de anular o no la cláusula abusiva, y ello no es cierto: el Juez debe anular la cláusula cuando la cláusula sea abusiva (art. 83 TRLGDCU): la expresión "en su caso" se refiere al caso de que la cláusula sea abusiva, de manera que cuando no lo sea, no la anulará.

6. Retroactividad plena. El AG quiere hacer creer que el TJUE vendría imponiendo que el régimen jurídico de las cláusulas abusivas únicamente lleva a que se excluya la vinculación del consumidor hacia el futuro, impidiendo que produzcan efectos en lo sucesivo, lo que implicaría que las cláusulas abusivas habrían tenido eficacia hasta que se dictase la sentencia acordando la nulidad por el Juez competente; pero omite aclarar que el TJUE dice esto cuando se refiere a las acciones de cesación, en las que, por su naturaleza, sólo puede pronunciarse hacia el futuro.

7. Omisión de pronunciamientos. El AG no responde directamente a la cuestión de si es válido limitar los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva por la razón de orden público esgrimida por el Tribunal Supremo español, esto es, las consecuencias que tendría sobre la economía la obligación de devolver lo cobrado en exceso por los bancos.

8. Conclusión. La limitación es contraria al propio derecho nacional y de esta manera se incumple la Directiva en lo expresado en su artículo 6.